

O Doido, o Burro e o Juiz Parcial

Marcelo Lessa Bastos*

Francisco Pereira Pinto Filho**

Antônio José Barbosa Neto***

Sumário

1. Introdução. 2. A Imparcialidade do Juiz e o Modelo Acusatório. 3. Os Arts. 252/254 do Código de Processo Penal e 144/145 do Código de Processo Civil: o Diálogo das Fontes numa Visão de Teoria Geral do Processo. 4. O Enquadramento Jurídico da Imparcialidade: Inexistência ou Invalidade da Atividade Jurisdicional? 5. Por uma Visão Isonômica na Relação Processual: Imparcialidade como Direito Fundamental Somente do Réu? 6. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Em tempos de dificuldade institucional para a jovem democracia brasileira, uma polêmica sacudiu os bastidores da comunidade jurídica: caberia aplicar ao processo penal as causas de impedimento previstas no Código de Processo Civil? Se assim fosse, estaria habilitado a decidir uma ação penal não condenatória Magistrado cuja esposa integrasse escritório de advocacia que defende o paciente em outros processos, de outra natureza, ainda que não o estivesse patrocinando naquela ação em questão?

Os sistemas de impedimento e suspeição dos juízes, previstos tanto no Código de Processo Penal, como no Código de Processo Civil, têm por objetivo assegurar a imparcialidade do julgador, que é uma garantia que ultrapassa os limites do processo penal e o do processo civil, sendo comum a ambos os processos. Aliás, sendo inerente à própria definição de Jurisdição. A imparcialidade do Juiz, pode-se dizer, é uma garantia inerente ao devido processo legal. Portanto, uma garantia de ordem constitucional. Partindo dessas premissas, deve-se refletir: se os sistemas de impedimento dos Códigos têm por objetivo assegurar uma garantia que é comum tanto ao processo civil, como ao processo penal, porque de índole constitucional, será que esses sistemas se antagonizam ou se complementam? Seria correto afirmar que as causas de impedimento previstas no Código de Processo Penal são taxativas e aplicáveis exclusivamente ao processo penal e as causas de impedimento previstas no

* Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF. Membro do MPRJ. Professor de Processo Penal do Centro Universitário Fluminense - UNIFLU.

** Pós-Graduando em Direito Processual pela PUC-MINAS. Pós-Graduando em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Fluminense - UNIFLU. Advogado.

*** Pós-Graduando em Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio de Jesus. Servidor do MPRJ.

Código de Processo Civil são taxativas e aplicáveis exclusivamente ao processo civil? Ou o correto seria sustentar a sua integração, para maximizar o alcance e a eficácia da garantia constitucional da imparcialidade, a partir do diálogo dessas fontes?

É sobre isto que o presente texto visa a refletir, sendo fruto das discussões entre um velho professor e dois de seus mais brilhantes ex-alunos.

2. A Imparcialidade do Juiz e o Modelo Acusatório

A imparcialidade do juiz é um dos mais importantes princípios gerais de um processo penal democrático, sem o qual muitos dos outros princípios teriam somente um significado formal.

Enfatizando a incontestável importância deste princípio, assevera Aury Lopes Júnior, citando Cernelutti, Werner Goldschmidt e Pedro Aragoneses Alonso:

A imparcialidade do órgão jurisdicional é um “princípio supremo do processo” e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparto judicial justo. Sobre a base da imparcialidade está estruturado o processo como tipo heterônomo de reparto. Aponta CARNELUTTI que *el juicio es un mecanismo delicado como un aparato de relojería: basta cambiar la posición de una ruedecilla para que el mecanismo resulte desequilibrado e comprometido*. Seguindo WERNER GOLDSCHMIDT, o termo *partial* expressa a condição de parte na relação jurídica processual e, por isso, a imparcialidade do julgador constitui uma consequência lógica da adoção da heterocomposição, por meio da qual um terceiro imparcial substitui a autonomia das partes.¹

Não se concebe um processo, de qualquer espécie, que não venha a ser decidido por um juiz que não seja imparcial; imparcial no sentido de não estar comprometido com nenhum tipo de resultado pré-determinado, bem como de não possuir qualquer tipo de pré-juízo acerca dos fatos que irá decidir.

Do contrário, em estando a imparcialidade do juiz comprometida por alguma razão, soariam como mera retórica princípios como o do contraditório, da ampla defesa, da não culpabilidade do réu etc.

Dada sua importância, a imparcialidade é uma garantia que tem previsão nos mais importantes tratados internacionais sobre direitos humanos:

Artigo 8º, Item 1, Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992): Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável,

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 54.

por um juiz ou tribunal competente, independente e *imparcial*, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Artigo 14, Item 1, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992): Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e *imparcial*, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito às controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.

Artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e *imparcial*, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo 26 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem: Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até que se prove sua culpabilidade. Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma *imparcial* e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.

Importa destacar que há na doutrina – tanto na clássica quanto na contemporânea – uma certa divergência acerca da gênese da imparcialidade, haja visto que alguns autores indicam a sua origem no princípio da isonomia, outros no juiz natural e outros no devido processo legal.

Entretanto, dada a sua natureza, finalidade e importância, propugna-se a ideia de que a imparcialidade não deve ser analisada como um “subprincípio”², mas,

² Caráter inclusive combatido por alguns no campo filosófico, indicando a impossibilidade de existência de um subprincípio, ao passo que seriam em verdade, princípios conglobantes.

sim, como fruto da contextualização de todos os outros princípios que, reunidos, funcionam como verdadeiros pilares fundantes de um processo democrático e justo, posto que, como já mencionado alhures, todos os demais princípios restariam inócuos se estivéssemos diante de um juiz parcial.

O grande desafio talvez seja definir quais tipos de atos e relações teriam o condão de comprometer a imparcialidade do juiz; quais as consequências e qual o enquadramento da imparcialidade.

Em primeiro lugar, é preciso se assentar que a imparcialidade do juiz o obriga a não ter compromisso nem com a acusação, nem com a defesa. O juiz imparcial é aquele que busca descobrir a verdade dos fatos que lhe são postos pelas partes, a fim de proferir uma decisão o mais próximo possível da realidade do que efetivamente aconteceu, de sorte a reconhecer o direito de quem realmente o possui, independente de quem quer que seja.

Colhe-se, nesse sentido, a lição de Faustino Cordón Moreno:

La imparcialidad es una garantía de la función jurisdiccional que, entendida en sentido amplio, se obtiene por la suma de estos factores: A) En primer lugar, la neutralidad. El Juez no puede ser parte en el litigio en que actúa, sino que está llamado a resolver un problema o conflicto intersubjetivo (entre sujetos particulares o entre éstos y el Estado) surgido en el ámbito social, colocándose frente al mismo como un tercero, que no crea por sí el problema, sino que lo examina y resuelve, aplicando la ley (el derecho objetivo). B) En segundo lugar, el desinterés o imparcialidad en sentido estricto. Los Jueces, desde la posición de terceros que ocupan, deben ser extraños o ajenos tanto a los sujetos que intervienen en el litigio, sin inclinarse a ninguno de ellos, como al mismo objeto litigioso y, por tanto, deben carecer de interés alguno en que el litigio se resuelva a favor de cualquiera de los contendientes o de una u otra manera. Su único interés – determinado por el contenido de su función – es que dicha resolución sea la que corresponda de acuerdo con la ley aplicable a cada caso, sin que, a la hora de adoptarla, se vean condicionados por otro tipo de influencias (subjetivas u objetivas)...³

O juiz imparcial não tem compromisso com o réu, ao contrário do que se tem tentado difundir.

Não se pode confundir imparcialidade com “parcialidade pró-réu”, o que parece ser a razão de grandes discussões ultimamente. Isto não significa dizer que o juiz imparcial irá se descuidar, um minuto sequer, dos direitos processuais do réu,

³ CORDÓN MORENO, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Elcano (Navarra): Aranzadi, 1999, p. 101.

submetido que está a um processo penal democrático e, exatamente por conta disto, é certo que, sempre que o juiz imparcial tiver que realizar algum tipo de escolha processual, haverá de fazê-lo em favor do réu, já que tal escolha é pautada pelo princípio da não culpabilidade, pelo qual o juiz imparcial haverá de velar.

O primeiro passo para que se tenha um juiz imparcial é tolhê-lo de qualquer participação ativa por ocasião da persecução penal, sobretudo na fase preliminar. De igual sorte, é preciso que o juiz esteja completamente impossibilitado de iniciar, de ofício, a ação penal. E, finalmente, que sua sentença seja congruente com a acusação, acusação esta que pauta os fatos a serem decididos pelo juiz.

Neste sentido, é impensável um juiz imparcial num modelo inquisitivo de processo ou num juizado de instrução que, por esta razão, estão absolutamente ultrapassados.

Só o sistema acusatório é capaz de assegurar a imparcialidade do juiz, a partir da imposição de sua inércia e da estreita correlação entre a imputação, formulada livremente pela parte autora, por sua própria iniciativa e à sua conta e risco, e a sentença.

De forma sintética, Edilson Mougenot Bonfim expõe a relação entre o sistema acusatório e a imparcialidade do juiz:

Sistema acusatório. Caracteriza-se principalmente pela separação entre as funções da acusação e do julgamento. O procedimento, assim, costuma ser realizado em contraditório, permitindo-se o exercício de uma defesa ampla, já que a figura do julgador é imparcial, igualmente distante, em tese, de ambas as partes. As partes, em pé de igualdade (*par conditio*), têm garantido o direito à prova, cooperando, de modo efetivo, na busca da verdade real. A ação penal é de regra pública e indispensável para a realização do processo. Costuma vigorar o princípio oral, imediato, concentrado e público de seus atos.⁴

Acredita-se que a consagração do sistema acusatório, caracterizado pela absoluta separação entre as funções de acusar e de julgar e, por conseguinte, com a consequente imposição ao juiz da inércia e da correlação entre a imputação e a sentença, aliado a previsão de instrumentos processuais para que as partes possam recusar o juiz parcial, sejam medidas suficientes para garantir-lhe a imparcialidade.

Outro ponto que merece consideração, ainda que em breves linhas, é a faceta da imparcialidade no sentido da independência dos juízes. Não se consegue resguardar por completo a imparcialidade do órgão julgador se não for garantida sua mais absoluta independência.

Não se está a pensar agora nas clássicas causas de impedimento e suspeição dos juízes, que tentam conferir-lhe isenção de interesse. Mas, sim, nas próprias relações que não raras vezes os juízes mantêm com outros ocupantes do Poder.

⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 28/29.

Destaca-se principalmente do Poder Executivo, sendo bastante para ilustrar esta preocupação a simples forma de investidura dos Tribunais através do Quinto Constitucional e, pior, dos Tribunais Superiores por escolha pessoal do Presidente da República, ainda que esta escolha possa ser, em alguns casos, temperada pela precedência de lista tríplice elaborada na própria Corte.

Ser investido deste jeito é um grande desafio à independência, que posteriormente o magistrado terá que sustentar para que possa proferir de forma imparcial suas decisões. Sem independência não há imparcialidade, já que a dependência pode mascarar a neutralidade, submetendo-a, de forma subserviente, à teoria da argumentação. Neste sentido, a perfeita lição de Leonardo Greco:

No exercício da jurisdição, os juízes devem gozar de absoluta independência em relação a qualquer outra autoridade pública, inclusive judiciária, e a qualquer tipo de pressão individual ou coletiva que possa comprometer a sua impessoalidade. Essa independência deve ser concretamente assegurada pelo respeito dos demais Poderes e autoridades às garantias e prerrogativas inerentes à sua investidura, à sua subordinação a regime disciplinar e a sistemas de controle e administração da carreira democráticos e objetivos e ao desempenho de suas funções em condições de absoluta segurança, incolumidade e bem-estar próprios e de seus familiares. A independência é, pois, um atributo de que deve gozar cada juiz individualmente, e não o Judiciário ou os tribunais em conjunto. A Corte Europeia de Direitos Humanos se atém a quatro critérios para avaliar a independência dos juízes: a) ao modo de designação dos juízes, que não pode ser deixado à escolha discricionária dos membros do Executivo; b) à duração dos mandatos dos juízes; c) à existência de garantias contra as pressões exteriores; d) à aparência ou não de independência (*justice must not only be done, it must also be seen to be done*). (...) O que é fundamental para assegurar a independência é que o juiz não esteja vinculado, de direito e de fato, a “nenhuma vontade externa diversa daquela objetiva da lei”. O modo político de investidura (escolha pelo Parlamento, ou pelo Executivo com aprovação do Parlamento ou pelo Executivo por indicação de uma entidade de classe) pode comprometer ou não a independência, dependendo do modo como esses órgãos efetuam a escolha e se encontram eles vinculados à observância de critérios objetivos de qualificação e reputação dos escolhidos ou não. (...) A escolha dos Ministros dos Tribunais Superiores no Brasil pelo Presidente da República com aprovação do Senado compromete a sua independência, conforme já observei alhures.⁵

⁵ GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. In: _____. *Estudos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 251/253.

Retornando ao outro aspecto, agora em referência ao julgador, muito se fala em imparcialidade como sendo um elemento anímico, consubstanciando-se à sua atuação no procedimento. Em verdade, parece migrar-se a discussão de itens distintos como sinônimos, o que compromete o resultado teórico aplicado.

A imparcialidade se liga a elementos subjetivos de determinada pessoa sobre um fato. É uma valoração pessoalizada sobre um fato. Ser imparcial, portanto, caracterizaria ser indiferente ao resultado do que é discutido. Já a imparcialidade⁶ corresponderia à posição e à atribuição no procedimento a que as partes estão ligadas pela relação jurídica processual.

Após esses breves apontamentos, demonstrar-se-á a necessidade de uma integração entre os ordenamentos processuais, partindo-se de uma visão constitucional do processo, alinhada à existência da Teoria Geral do Processo. Demonstrar-se-á que a melhor forma de se alcançar a imparcialidade e, por conseguinte, assegurar a máxima eficácia à garantia constitucional em questão, é pelo diálogo das fontes processuais.

3. Os Arts. 252/254 do Código de Processo Penal e 144/145 do Código de Processo Civil: o Diálogo das Fontes numa Visão de Teoria Geral do Processo

Onde estaria previsto o conceito de imparcialidade? E o de jurisdição? Quando a lei trata da matéria, limita-se a discriminar sua causa e às vezes efeito, mas pressupõe o conhecimento prévio de sua natureza, não trazendo ao intérprete a definição de sua essência.

Dispõe o CPP sobre impedimento e suspeição:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I – tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II – ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV – ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

⁶ A nomenclatura foi tratada por Antonio do Passo Cabral (CABRAL, Antonio do Passo. *Imparcialidade e Imparcialidade: por uma Teoria de Repartição de Funções no Processo*. *Revista de processo*. São Paulo: RePro 149, ano 32, p. 339-364, 2007).

- I – se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;
- II – se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;
- III – se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;
- IV – se tiver aconselhado qualquer das partes;
- V – se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;
- VI – se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Já o CPC estabelece o seguinte:

Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

- I – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;
- II – de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;
- III – quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;
- IV – quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;
- V – quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;
- VI – quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;
- VII – em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;
- VIII – em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX – quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

§1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o defensor público, o advogado ou o membro do Ministério Público já integrava o processo antes do início da atividade judicante do juiz.

§2º É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz.

§3º O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo.

Art. 145. Há suspeição do juiz:

I – amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II – que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III – quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV – interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

§1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões.

§2º Será ilegítima a alegação de suspeição quando:

I – houver sido provocada por quem a alega;

II – a parte que a alega houver praticado ato que signifique manifesta aceitação do arguido.

Perceba-se que até mesmo por uma razão temporal, o CPC vigente previu mais exaustivamente as possibilidades de estar o juiz impedido ou suspeito para o exercício Jurisdicional, justamente por buscar um realinhamento às garantias constitucionais.

Seria, assim, prejudicial aumentar uma garantia constitucional, propondo a interação dos sistemas de ambos os Códigos?

Há que se ter em mente que o modelo constitucional de processo inserido no Estado Democrático de Direito Brasileiro revela que a jurisdição é exercida mediante

processo, mas não se pode entender tal exercício de forma vazia. Não basta a mera existência de processo para que a jurisdição ganhe contornos de legitimidade.

Dessa forma, tem-se a necessidade de se entender o binômio contraditório-processo para se ver a concretização da legitimidade Estatal na jurisdição.

Partindo dessa premissa e da releitura feita do que vem a ser o contraditório e suas dimensões, importante pilar se constrói, onde as partes integrantes do processo – sujeitos processuais – vêm construir a própria decisão, mediante seu papel colaborativo na relação processual⁷.

No momento em que houve a guinada das fases probatórias, com a derrocada do modelo de taxatividade legal de relevância da prova e do “livre convencimento”, também conhecida como qualificação subjetiva do juiz, percebeu-se a necessidade de que a prova fosse vista como caráter vinculado à possibilidade de demonstração de existência ou não de fato ou ato jurídico.

Isso porque, em verdade, o processo nos serve a refletir sempre uma certeza e verdade de fatos, legitimada através de uma estrutura probatória de semelhança e máxima tentativa de verossimilhança. Porém, jamais o que realmente ocorreu, até porque a única pessoa que efetivamente o sabe é o réu e, este, é desonerado de revelá-la⁸.

Assim, imprescindível é a necessidade de um julgador isento para a devida busca desse resultado almejado, sob pena de tornar a tarefa reconstrutiva mera retórica.

O próprio conceito de Jurisdição vem pressupondo a existência de um terceiro desinteressado⁹. A necessidade de um Juiz imparcial não é nova. Chiovenda anotou a problemática em idos de 1910, em sua obra, com a nomenclatura de *capacidade especial subjetiva dos órgãos jurisdicionais*, a partir do estudo de outros mestres, como Mattiolo, Mortara, Pollak, Weismann e Hellwig.

Dizia o mestre Italiano:

*La persona que tiene capacidad general de obrar por el Estado como órgano jurisdiccional y como funcionario judicial y que es competente en el pleito de que se trata, debe además encontrarse en determinadas condiciones subjetivas, sin las cuales la ley lo considera incapaz. Tales condiciones pueden resumirse así: que el órgano jurisdiccional no corra el peligro de carecer de la independencia, de la severidad e imparcialidad necesaria para su función, por encontrarse en una relación: a) con otros órganos concurrentes en el mismo pleito; b) con las partes litigantes; c) con el objeto del pleito. Estas condiciones no todas tienen la misma importancia: exigense algunas en términos absolutos, de manera que su falta produce, sin más, la nulidad del acto realizado.*¹⁰

⁷ Código de Processo Civil, art. 6º.

⁸ Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 8º, 2, “g”.

⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. vol. 1. p. 155.

¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. 3ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922. Tomo I. p. 731.

Assim também, Albuquerque Rocha:

Em verdade, a imparcialidade é uma das notas mais destacadas da função jurisdicional. Tanto que hoje em dia não há praticamente estudioso do processo que não a apresente como um dos atributos essenciais da atividade jurisdicional.¹¹

Percebe-se, dessa forma, que toda sistemática acerca dos mecanismos de vedação à parcialidade se desenvolve no sentido de se permitir ambiente processual equilibrado, onde o magistrado, em sua função monopolizada de emissão decisória, venha a permitir o devido contraditório e ampla defesa, não somente no aspecto formal, mas sim em sua dimensão substancial.

A capacidade de influência das partes está diretamente ligada a uma visão cooperativa dos sujeitos processuais na formação dos elementos para a decisão. Daí retira-se a *ratio* do art. 10 do CPC que, positivando o princípio do contraditório tanto no seu viés informativo, quanto no participativo, demonstra a necessidade de se realizar discussão sobre qualquer fundamento a ser utilizado na decisão judicial, bem como no art. 489, §1º do CPC, ao explicitar a necessidade de fundamentação do ato decisório, justamente para avaliação dos pontos levantados durante o processo.

Com efeito, não há dissenso significativo entre os processualistas penais contemporâneos a respeito da aplicação supletiva dos artigos supracitados, notadamente o art. 489 do Código de Processo Civil¹², no processo penal, com arrimo no disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal¹³, haja vista que a finalidade de ambos é efetivar as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa (*vide* artigo 5º, LV, da CRFB), por via da imprescindibilidade de fundamentação das decisões judiciais, fundamentação esta que decorre de comando constitucional (*vide* artigo 93, IX, da CF).

A essência da premissa para a integração objeto deste estudo é a mesma do exemplo acima invocado. Vale dizer: integração de sistemas processuais, no fito de alcançar a máxima eficácia de garantia constitucional¹⁴.

Caminhar distante de tal realidade acerca da necessidade de imparcialidade do julgador é, em verdade, negar o contraditório e a ampla defesa.

Passada tal questão, cumpre levantar a seguinte indagação: pode tal rol previsto no CPC ser utilizado de modo amplo aos demais direitos processuais codificados? Isto é, poderia a técnica e rol do CPC ser aplicada de maneira integrativa?

¹¹ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 55.

¹² MOREIRA, Rômulo de Andrade. Novo CPC, fundamentação das decisões judiciais e processo penal. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, nº 4278, 19 mar. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37330>>. Acesso em: 28 maio 2017.

¹³ Artigo 3º do Código de Processo Penal: "A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito."

¹⁴ Arts. 10 e 489 do Código de Processo Civil x art. 3º do Código de Processo Penal, no fito de atender à garantia constitucional da fundamentação as decisões judiciais, hipótese de referência; e, respetivamente, arts. 144 e 145 do Código de Processo Civil x arts. 252/254 do Código de Processo Penal, no fito de atender à garantia constitucional da imparcialidade do juiz, hipótese deste estudo.

Oportuno destacar que, nada obstante o fato dos institutos da suspeição e do impedimento convergirem para proteção da mesma garantia – qual seja, a da imparcialidade do julgador – é majoritário o entendimento no sentido de que o rol do artigo 252 do Código de Processo Penal, que disciplina as hipóteses de impedimento do julgador, é *numerus clausus*¹⁵, e o rol do artigo 254 do mesmo Diploma Legal, que elenca as hipóteses de suspeição, seria exemplificativo. Talvez tal convergência doutrinária se explique pelo fato de não se ter tido, antes, a oportunidade de se refletir sobre o objeto deste estudo, a partir de instigante caso concreto, de domínio público.

Destarte, com todas as vênias, se é que depois do singular episódio acima referido sejam mesmo necessárias, perfilhamos a corrente no sentido de que tanto as hipóteses de impedimento, quanto as de suspeição, elencam um rol *numerus apertus*¹⁶, admitindo, portanto, ampliação.

Mesmo para aqueles que adotam (adotavam?) a noção de rol exaustivo, antes do singular episódio, haveria a necessidade de se considerar que taxatividade não se confunde com mesmo Diploma Legal. É plenamente possível que a matéria seja tratada em outra Lei, sem contudo perder a referência taxativa, desde que verse sobre matéria própria¹⁷.

Entretanto, conforme demonstrado nas considerações acima, o direito à prestação jurisdicional é garantia fundamental pétrea. Juiz imparcial é pressuposto da atividade jurisdicional¹⁸, o que se extrai a aplicação em qualquer campo processual.

Neste sentido, contextualizando imparcialidade à luz da garantia do juiz natural, assevera o emérito Antonio Scarance Fernandes¹⁹:

É com essa garantia que fica assegurada a imparcialidade do juiz, vista não como seu atributo, mas como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional. Já não é mais enfocada em face do conceito individualista de garantia da parte, mas como garantia da própria jurisdição.

¹⁵ “O rol do artigo 252 do Código de Processo Penal é taxativo, não podendo ser ampliado. Outras situações, no entanto, a nosso ver, demonstrativas da parcialidade do juiz na apreciação da causa, devem ser incluídas no contexto da suspeição.” NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 499/500. No mesmo sentido: “As causas de impedimento estão taxativamente dispostas no art. 252 do CPP.” MARCÃO, Renato. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.668.

¹⁶ “Em suma, é de se concluir que as hipóteses de impedimento e suspeição não são *numerus clausus*, mas constituem um simples rol exemplificativo ou *numerus apertus*” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p.275).

¹⁷ Aqui entendemos como possível, não por hierarquia de codificações, mas sim em razão de matéria processual entendível como conceito lógico jurídico da TGP – Juiz imparcial –, que visa ampliar direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

¹⁸ Inclui-se aqui, também, em qualquer atividade que envolva processo como ato final de julgamento, seja jurisdicional, administrativo ou privado (arbitragem).

¹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.115.

O que se busca tutelar aqui não é em si o objeto material que acompanha a pretensão ensejadora da quebra da inércia – direito material –, mas sim a justa legitimação do exercício da jurisdição. Elemento caro e próprio de qualquer direito processual²⁰, verdadeira garantia fundamental.²¹

Mais que isso, a técnica interpretativa do sistema deve ser uníssona, haja visto se tratar de irradiação de garantia constitucional e, não, o contrário: interpretar-se a Constituição a partir do que infraconstitucionalmente está legislado. Esse equívoco leva à técnica falha da interpretação tópica, quase sempre apontando para uma falsa taxatividade de hipóteses previstas em determinado estauto processual, no que se desconsidera o papel da Constituição como monumento principal de um Estado²².

Neste senda, assevera Vicente Greco Filho²³:

A compreensão unitária do direito processual resultou, especialmente, da verificação de que o poder jurisdicional, como um dos poderes do Estado, é único, e sua estruturação básica encontra-se em nível da Constituição Federal, de modo que resulta inevitável a conclusão de que há algo comum a toda atividade jurisdicional. Feita essa constatação, compete ao estudioso do processo a identificação do que é válido para todos os ramos do direito processual e do que é específico, apontando, pois, os princípios e normas plurivalentes e os monovalentes. Esse labor não é fácil, inclusive por razões históricas.

O termo “unitário” do autor, em verdade, deve ser lido como “geral”. Unitário pressupõe mesma unidade de aplicação e tratamento, enquanto geral, muito embora encampe ampla aplicação, revela caráter de conceituação e não de tratativa única, podendo ser minudentemente tratado pelo que vier disciplinar de maneira própria.

Dessa forma, por si só, mesmo sem considerar alguma ideia atinente à existência ou não de uma TGP, entendemos que já seria possível a aplicação integrativa do CPC, por se tratar de Lei que visa ampliar garantias fundamentais, cuja base comum é a Constituição, por vocação superior à qualquer diploma processual.

A questão envolvendo a aplicação de uma Teoria Geral do Processo é polêmica, antiga e moderna, contemporânea e ao mesmo tempo clássica, que não merece ser deixada de lado, por ser um fundamento a mais para integração aqui proposta. Por razões de limitação quanto ao objeto de discussão, bem como do espaço de discussão, haja visto o tema não ter sido nem de perto esgotado em inúmeras obras próprias, não se tem a pretensão de tratar aqui, nesse momento, tal discussão.

²⁰ Citem-se os elementos: Ação, Jurisdição, Processo e Procedimento.

²¹ TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Pressupostos processuais e nulidades no novo processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 93.

²² Aqui em sentido *lato*.

²³ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 16.

Há que se dizer, nem que seja por *obiter dictum*, que o que se tem por criticado acerca da inexistência de uma TGP, resta fulcrado em premissa não tão clara²⁴. Isso em razão de mais das vezes as críticas serem encaminhadas não à TGP, mas, sim, a uma visão contrária à unitariedade do Direito Processual Civil e Direito Processual Penal.

Há que se diferenciar o que viria a ser uma Teoria Geral do Processo, uma Ciência do Direito Processual e uma Parte Geral. Qualquer incompreensão sobre alguma dessas categorias causa um desvio de perspectiva da pesquisa doutrinária, conduzindo inexoravelmente a equívocos conceituais.

Muito há, ainda, a se teorizar e pesquisar sobre a TGP. Mas, com todas as vênias, não parece ser ao argumento da “especialidade do direito material” eventual sustentação de uma não existência da teoria geral e de uma suposta incompatibilidade constitucional de tal proposta.

A ótica de uma teoria tem que possuir caráter unificador, fixando conceitos filosóficos ou científicos aplicáveis aos demais ramos que lhe são subordinados, ainda que guardadas suas especificidades. O que os críticos da TGP têm como TGP acaba por reduzi-la à unitariedade processual, com proeminência do processo civil sobre os demais ramos do processo²⁵. Sucede que não é isto a TGP.

O posicionamento está correto, mas não fere em nada a possibilidade de existência da TGP, mas, sim, rechaça a ideia de uma unitariedade procedimental. Ou seja, o que não se tem como possível é que exista o mesmo procedimento para a tutela de bens jurídicos diversos.

Perceba-se, neste sentido, que desde a sistematização do CPC de 1939, inúmeros procedimentos especiais eram previstos para, justamente, situações peculiares serem tratadas de forma específica, dentro até do mesmo Código.

Atento a isso, o próprio Código de Processo Penal, no mesmo propósito, prevê o procedimento sumário, com peculiaridades em relação ao ordinário, além de inúmeros procedimentos especiais, tanto nele, como em outras Leis, a exemplo da Lei Maria da Penha, da Lei de Drogas, entre outros.

Isto sem falar na significativa diferença entre os sistemas recursais, endógena e exogenamente considerados. Vale dizer: com singularidades e, portanto, de espécies diversas no âmbito do próprio processo civil, do processo do trabalho e do processo penal, além de outras tantas singularidades quando comparadas as respectivas codificações entre si. E, a par de todas essas singularidades, não consta que, em momento algum, se tenham deixado de reconhecer a todos eles o predicado de recurso.

²⁴ No tocante a essa matéria, remetemos o leitor ao trabalho de Afrânio Silva Jardim, sob o título: “NÃO CREEM NA TEORIA GERAL DO PROCESSO, MAS QUE ELA EXISTE, EXISTE...”, publicado em sua obra escrita em coautoria com: AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de: *Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres*. Salvador: Juspodvím, 2016.

²⁵ Cite-se, por todos, Aury Lopes Jr: “O Processo Penal, como a Cinderela, sempre foi preterido, tendo de se contentar em utilizar as roupas velhas de sua irmã. Mais do que vestimentas usadas, eram vestes produzidas para sua irmã (não para ela). A irmã favorita aqui, corporificada pelo Processo Civil, tem uma superioridade científica e dogmática inegável” (LOPES JR, Aury. *Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

Cuida a TGP, portanto, de dizer o que é a jurisdição e não a forma de seu exercício; do que é citação, e não de sua forma de cumprimento; do que é ação; do que é processo; do que é procedimento, mas não do exercício de tais conceitos; do que é recurso, e não de seus elementos de admissibilidade e demais idiossincrasias.

Jurisdição será diferente quando se tratar de processo penal? Imparcialidade terá outra definição quando se tratar de matéria eleitoral? Sentença terá outra definição quando se tratar de processo trabalhista?

Não nos parece que, nem de perto, a matéria está resolvida. Por mais que existam apontamentos contrários à existência de uma TGP, os argumentos não parecem conduzir a premissas seguras para tal conclusão.

4. O Enquadramento Jurídico da Imparcialidade: Inexistência ou Invalidez da Atividade Jurisdicional?

Cabe dispor sobre o tema, em sua vertente de enquadramento no panorama sistêmico. Seguindo a linha já esposada quanto à garantia da Jurisdição – aqui como direito de petição –, que, por sua vez, está amparada como garantia fundamental pétrea, existe discussão acerca do seu reflexo concreto na relação jurídica processual.

A ausência de imparcialidade causaria a inexistência da jurisdição ou lhe afetaria a validade?

A doutrina se debruça sobre a matéria, com perspectivas várias, senão vejamos:

Quanto aos atos e feitos do impedimento, há duas posições na doutrina: a) Para uns, são nulos todos os atos praticados pelo juiz impedido, ainda que essa nulidade não se encontre prevista no art. 564, I, do Código de Processo Penal. Cuidar-se-ia, em vista de se tratar de questão de ordem pública, de causa de nulidade absoluta. b) Para outros, o impedimento não é causa meramente impeditiva do exercício da competência, mas sim do exercício da própria jurisdição. Assim, os atos por ele praticados — exceto para declinar — seriam inexistentes. H. Tornaghi, filiado a essa corrente, justifica o entendimento argumentando que, no caso de impedimento, haverá interesse do juiz sobre o objeto da causa, “e ninguém é juiz em causa na qual tem interesse (*nemo iudex in causa propria*).” O juiz impedido, ainda para o mesmo autor, é, nesse caso, “um não juiz”, pois estará inabilitado a atuar. (TORNAGHI, H. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., vol. 1, p.418).²⁶

O Código de Processo Penal inicia o tratamento das exceções referindo-se diretamente à exceção de suspeição, estabelecendo que a “arguição de suspeição precederá a qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente” (art. 96, CPP). Aliás, os

²⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso De Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 287.

impedimentos e demais incompatibilidades dos juízes mereceram tratamento em separado, constando de capítulo específico, como se se tratasse de matéria distinta. Mesmo no campo das nulidades expressamente arroladas, consoante se observa do disposto no art. 564, I, CPP, não se faz referência ao juiz incompatibilizado ou impedido, mas unicamente ao juiz suspeito e ao juiz subornado. A nosso aviso, a distinção no tratamento da matéria é absolutamente equivocada, uma vez que todas elas se ocupam da tutela de um único e mesmo valor positivado no ordenamento processual: a imparcialidade da jurisdição. E, como já tivemos oportunidade de salientar ao cuidarmos dos princípios fundamentais do processo penal, a imparcialidade do juiz é requisito de validade do processo, estando inserido no devido processo legal constitucional, como uma das principais conquistas do modelo acusatório de processo.²⁷

Contudo, pensamos que a vertente que mais parece abarcar a matéria é a das invalidades processuais.²⁸

Há que se considerar que a Jurisdição, enquanto função essencial estatal, por questão orgânico-funcional, está prevista constitucionalmente, confiada à função jurisdicional que, por sua vez, é exercida pelas “Justiças” especiais, de caráter Federal, e, residualmente, pelos Estados.

A controvérsia, então, cingir-se-ia quanto aos agentes que a executam. Dessa forma, tendo em vista a estrutura administrativa delineada constitucionalmente, seriam os Juízes²⁹ – abarcando Desembargadores e Ministros – a exercerem tais cargos públicos.

Dessa forma, ser juiz significaria ser sinônimo de servidor público³⁰⁻³¹. Por essa razão, claramente existe cisão em órgão investido de jurisdição e juiz.

A repartição da jurisdição pressupõe a sua própria existência. Para considerar a Jurisdição, basta que exista disciplina de sua ramificação: Justiça, Comarcas/Seções e Varas.

O Juiz que ali está não se confunde com o Juízo. Logo, o juiz não é a jurisdição, mas a exerce. É preciso se ter em mente a noção administrativa de que o agente público, pela teoria da imputação volitiva, não é representante³² do Estado, mas apenas executa função que lhe foi atribuída.

²⁷ PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 159.

²⁸ Aqui como gênero, das quais são espécies: nulidade e anulabilidade.

²⁹ Há corrente que define a arbitragem como jurisdição, o que causaria certa impossibilidade de tratamento em tal definição. Contudo, em razão da eliminação de certas matérias por parte de tal forma de composição de conflitos, não haveria discussão, por exemplo, na matéria penal, quanto à qualificação do enquadramento jurígeno do juiz, vez que a matéria é de monopólio estatal.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 598.

³¹ Define José dos Santos Carvalho Filho que os magistrados integrariam a qualidade de *servidores públicos especiais*. *Ibidem*, p. 601.

³² Aqui no sentido civil de capacidade ou outorga de poderes.

Qualquer vício em relação ao agente no exercício de tal função pressupõe que ela exista. Por essa forma, não há como se considerar que a ausência de imparcialidade venha a causar a inexistência dos atos, mas sim a sua invalidade.

Para haver juiz imparcial, é preciso que previamente exista Jurisdição a ele conferida. É pressuposto lógico.

Sobre a questão de existência, vale conferir o magistério de Marcos Bernardes de Mello, um dos principais estudiosos da obra de Pontes de Miranda:

Ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. [...] No plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. Naturalmente, se há falta, no suporte fático, de elemento nuclear, mesmo completante do núcleo, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico.³³

Reafirma-se, assim, a diferença entre órgão julgador e juiz, onde, ao existir o suporte fático de existência de órgão julgador, existe a presença de Jurisdição, independentemente dos elementos anímicos do juiz, bastando estar ele investido no cargo e função. O que, por óbvio, para ser desenvolvida, previu a Lei – aqui em sentido amplo – agente próprio a desempenhá-la.

Somente em eventual prática de ato por um não juiz – como, por exemplo, no caso de inexistência de alistamento prévio de jurados, que é pressuposto formal para o exercício da função – caracterizaria a ausência de Jurisdição, isto por não ter havido agente regularmente investido na função.

Se o ato inexistir, não há necessidade alguma de reconhecimento judicial formal de tal inexistência (seja decretação, seja declaração), muito menos de manejo de qualquer tipo de ação para que ninguém fique submetido aos efeitos do ato inexistente; basta ser solenemente ignorado.

Não é o caso, definitivamente, do reconhecimento de vício de ato praticado por juiz impedido ou suspeito. Isto porque o órgão existe, o juiz está regularmente investido, somente não podendo, naquele caso concreto, exercer a jurisdição de que estava investido. Seu indesejável ato, portanto, é inválido.

Há que se levar tais apontamentos em consideração.

Sensível a tais considerações, José Orlando Rocha de Carvalho realiza cisão entre existência e validade ao dispor que viria a ser pressuposto³⁴ de existência da relação

³³ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 154.

³⁴ A monografia do autor traz valiosas contribuições, principalmente numa tentativa de sistematização do tema pressupostos processuais. Aborda ainda, profícua e pertinente crítica ao termo “pressuposto de

processual, “órgão investido de jurisdição”³⁵ e, como requisitos processuais de validade positivos, a “competência do órgão jurisdicional” e “imparcialidade do órgão³⁶ jurisdicional.”³⁷

Uma vez identificada como causa de invalidade processual, resta determinar seu mecanismo de correção.

5. Por uma Visão Isonômica na Relação Processual: Imparcialidade como Direito Fundamental Somente do Réu?

A jurisdição, em qualquer matéria, se desenvolve mediante processo, por imposição constitucional – art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988.

Conforme já exposto, a noção de imparcialidade do julgador, enquanto direito fundamental, gera, por consectário lógico, a incidência para todos os demais integrantes de qualquer relação processual a expectativa de ser julgado por magistrado que preencha este predicado. Não há como conceber a ideia de que somente uma das partes no processo terá conferida a si tal garantia fundamental, enquanto, à outra, possa tal garantia ser tolhida.

Hodiernamente, alguns processualistas penais pátrios têm difundido uma noção de “garantismo” deveras viciada, ou seja, voltada apenas para os direitos e garantias do réu³⁸, no que não concordamos³⁹.

Há que se criar ambiente isonômico de paridade de armas ante as partes processuais e, mais que isso, há que se ter em mente a visão cooperativa processual, que em nada guarda impossibilidade de subsistência em qualquer tipo de matéria discutida no processo.

Exemplo disso vem a ser a obrigatoriedade do dever de boa-fé objetiva de todas as partes no processo, que resulta, em si, uma forma de maximizar a devida prestação jurisdicional.

Para tanto, diante de tais direitos e garantias, o Legislador municia com tipos de procedimentos e formalidades os atos jurídicos processuais, como forma de dupla proteção: a) primeiro se prevê método, procedimento apto à proteção de direito, efetivando-se a garantia do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal; b) segundo,

validade”, onde desenvolve que a nomenclatura “pressuposto” vem a se referir tão somente à existência, cabendo ao tema validade, a nomenclatura “requisitos”.

³⁵ CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2005. p.135.

³⁶ Leia-se do juiz. O autor em sua tratava claramente aponta nesse sentido, ao mencionar o impedimento e suspeição.

³⁷ *Ibidem*, p.138 e 139.

³⁸ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, nº 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 28 maio 2017.

³⁹ Para não fugirmos ao tema proposto na presente tese, remetemos o leitor ao seguinte artigo: MAGALHÃES, Valmir Costa. *O Garantismo Penal Integral: Enfim, UMA PROPOSTA DE REVISÃO DO FETICHE INDIVIDUALISTA*. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/205-747-7-pb.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2017.

assegura às partes um procedimento com repartição de funções, de sorte a garantir equalização dos protagonismos e não a hipertrofia de uma delas.

Contudo, não há que se confundir função privativa com hipertrofia de função. Por exemplo, é inconcebível permitir ao réu ou ao Ministério Público julgar os pedidos; assim como inconcebível permitir ao réu propor a própria denúncia.

O procedimento, em atividade jurisdicional, acaba por ser ao mesmo tempo garantia e mecanismo de proteção.

Assim, cabe indagar: em caso de parcialidade do juiz, seja em impedimento ou suspeição, quais mecanismos de proteção dispõem as partes?

De maneira assustadora, chega-se para o mesmo fenômeno a conclusões diversas, a depender do polo a que se refere, como a seguir demonstrado.

Durante o curso processual, remete-se ao procedimento da exceção de “suspeição”⁴⁰, que no CPP está prevista no art. 95, I, cabendo a iniciativa a qualquer das partes. Até aqui, sem problemas.

Enquanto vício no plano da invalidade, a suspeição ou impedimento pode ser reconhecida em qualquer etapa do processo, declarando-se seus efeitos deletérios se pré-existente ou meramente superveniente. Mesma sorte não parece assistir se o vício for contemporâneo à deflagração da atividade jurisdicional⁴¹.

Há que se considerar, ainda, que, na relação processual em âmbito penal, curiosa peculiaridade difere-se do processo civil. Isso em razão dos efeitos da suspeição.

Em processo civil, sabe-se que, uma vez ciente da suspeição, a parte pode, em sua primeira oportunidade, arguir tal invalidade e, não o fazendo, toma-se como preclusa a matéria, reputando-se o juiz, doravante, habilitado a prosseguir no feito.

Não parece existir tal resultado imediato em âmbito penal. Isso em razão do Ministério Público não poder escolher “não arguir” a suspeição ou o impedimento do juiz, haja visto ser o interesse indisponível, por se tratar, na grande maioria das vezes, de ação penal de iniciativa pública. Assim, uma vez constatada a suspeição, o Ministério Público tem o dever de argui-la.

E quanto ao réu?

O raciocínio leva ao mesmo entendimento: uma vez conhecido o fato condutor da suspeição, não se pode conceber que o silêncio doloso do réu venha constituir um trunfo de má fé, para semear nulidades que, depois, possam vir a beneficiá-lo, tanto como se ele próprio vier a dar causa à suspeição do julgador.

Nesse caso, haveria a preclusão, mas não por disposição de interesse e, sim, no sentido do que a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza, conforme dispõe o art. 565 do CPP:

⁴⁰ Aqui como gênero, que abarcaria o impedimento.

⁴¹ Aqui não se prefere indicar como marco temporal o exercício da ação, uma vez que a cautelaridade pode anteceder-lá, a exemplo de uma interceptação telefônica no curso do inquérito ou, ainda, em âmbito cível, uma cautelar inominada antecedente.

Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.

Quanto ao tratamento do impedimento, este é consideravelmente diverso. Não se baseia em fundado receio, mas sim em critérios objetivos que, uma vez violados, maculam a possibilidade do exercício da jurisdição por parte daquele agente público impedido.

Há uma espécie de “gravidade maior” no impedimento, a acarretar a nulidade do ato praticado por juiz impedido.

Justamente por esse caminho é que se permite em qualquer momento sua decretação, bem como quaisquer dos sujeitos do processo podem vir a arguir tal vício.

Havendo o trânsito em julgado e tendo sido formada a coisa julgada, o ordenamento civil prevê que, em tais casos, a matéria inclusive enseja ação rescisória, com base no art. 966, II, do CPC.

Assim, em âmbito civil existe previsão de mecanismo apto a sanar tais vícios, vindo a ser ferramenta de efetivação da garantia fundamental das partes.

É inconcebível se assegurar algo e, ao mesmo tempo, sonegar meios de efetivação ou proteção. É o que se chama de proibição de proteção insuficiente. Gilmar Mendes, não por acaso aqui citado, desenvolve a noção de meio de proteção, conforme magistério de Schlink, classificando tal insuficiência como *Untermässig*.⁴²

J.J. Gomes Canotilho assevera que, numa dimensão onde se encontre a existência de processo – incidente, portanto a figura do *due process of law* – “compreende-se, pois, que o direito ao processo implique: [...] (3) a *sanação* de irregularidades processuais como exigência do direito à tutela judicial.”⁴³

Diante de tais apontamentos, cabe indagar: e no Direito Processual Penal? Qual mecanismo de proteção à violação existe, em casos onde tenha havido coisa julgada, formada a partir de decisão de juiz impedido e, portanto, reconhecidamente parcial?

Muito embora tenha o CPP expressa previsão de que a nulidade – o que é correto – pode atingir a qualquer das partes, conforme dispõe o art. 563, ao mencionar “para a acusação ou para a defesa” e ter, nesse intento, previsto como nulidade a suspeição e incompatibilidade do juiz, no rol do art. 564 do CPP – que, a nosso aviso, também abarcaria as hipóteses de impedimento –, inexistente mecanismo apto a efetivar o mandamento legal em favor da sociedade, visto inexistir a possibilidade de revisão criminal *pro societate*.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 228.

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. 11ª reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 499.

O PLS 156, que instituir o novo Código de Processo Penal, inclui o impedimento expressamente no rol das nulidades⁴⁴. Entretanto, ainda peca por não criar um mecanismo isonômico de sanação de nulidades.

De maneira mais apressada, poder-se-ia chegar à conclusão de que existiria, sim, procedimento próprio, qual seja a figura da revisão criminal, prevista no art. 621 do CPP, onde, muito embora esteja no Título II do Código, na parte referente a recursos, trata-se de uma ação de impugnação autônoma, com fundamentação vinculada e pressupostos próprios, qual seja, em especial, como premissa, tratar-se de “processos findos”.

O problema é que, como já adiantado, só em favor do réu é possível o manejo de tal instrumento, o que se conclui tanto do rol do art. 621, que o prevê, como em decorrência do art. 8º, 4º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁴⁵.

Criou-se uma situação peculiar: muito embora a garantia de imparcialidade seja assinalada a ambas as partes, sua violação por juiz impedido ou suspeito causa nulidade que, se descoberta somente após o trânsito em julgado de eventual sentença favorável ao réu, está imune a qualquer mecanismo apto a reconhecê-la, visto a impossibilidade de revisão criminal *pro societate*.

Tal realidade vai de rota contrária à previsão constitucional de legítima tutela dos direitos e garantias previstas no art. 5º, XXV da Constituição Federal de 1988, configurando proteção insuficiente à garantia da imparcialidade.

Um exemplo prático ilustra a problemática: descobre-se, após o julgamento, que o juiz, em conluio com o réu, exarou a sentença a ele favorável, já transitada em julgado. Qual mecanismo teria o Ministério Público, que não sabia de tal fato, para anulação da sentença? Ou quando fosse o julgador donatário ou promissário donatário do réu?

Resta, portanto, grave lacuna processual nesse aspecto, não se vislumbrando remédio apto a resolvê-la, dada a impossibilidade de buscar no processo civil, *lato sensu*, a ação rescisória, em suprimento à revisão criminal incabível na espécie.

Não se vislumbra solução para tal despautério, sendo este o preço a ser pago por ter sido sustentado, alhures, a natureza de invalidade dos atos praticados por juiz impedido ou suspeito, em detrimento da proposta de inexistência, que não geraria tal dificuldade. É, todavia, o preço que se tem de pagar pela coerência.

⁴⁴ PLS 156, art. 155. Serão absolutamente nulos e insanáveis os atos de cuja irregularidade resulte violação essencial aos princípios fundamentais do processo penal, notadamente: I – a não observância da garantia dos prazos e da intervenção da acusação e da defesa no processo; II – o desrespeito às regras de suspeição e impedimentos do juiz; III – à obrigatoriedade das motivações das decisões; IV – às disposições constitucionais relativas à competência jurisdicional. §1º Sem prejuízo do disposto no art. 124, as medidas cautelares ordenadas por juiz ou tribunal cuja incompetência territorial ou constitucional tenha sido reconhecida, poderão ser ratificadas ou, se for o caso, renovadas, por aqueles que prosseguirem no processo. §2º Ainda quando absolutamente nulos, o juiz não declarará a nulidade quando puder julgar o mérito em favor da defesa (grifos nossos).

⁴⁵ “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

O jeito é confiar na autocontenção do juiz impedido ou suspeito, ainda que, aqui ou acolá, se deparem com exemplos de indiferença ao tão importante predicado da imparcialidade, até de onde mais se devesse esperar tal preocupação.

6. Conclusão

A imparcialidade do juiz é garantia constitucional implícita, ínsita ao próprio conceito de Jurisdição, que pressupõe seu exercício de forma imparcial. Impedimentos e suspeições são os mecanismos que os Códigos preveem no intuito de assegurar a eficácia desta garantia, daí porque a melhor hermenêutica aponta para a integração dos sistemas, e não para a sua exclusão recíproca.

Os atos praticados por juízes suspeitos e impedidos são nulos e não inexistentes. Daí, dependem da arguição em tempo oportuno, com o grave problema de, no processo penal, se tardiamente descoberto pelo Ministério Público, não lhe socorrer mecanismo apto a anular o ato do juiz impedido ou suspeito que tenha sido coberto pela coisa julgada.

Que nos perdoem os portugueses, mas até dá para escapar, sim, com alguma habilidade e com uma boa dose de sorte, de pedrada de doido e de coice de burro. Mas, do que ninguém consegue mesmo escapar é de um juiz parcial. Um juiz parcial decide como quer, quando quer e do jeito que quer. E depois é só buscar, com base na teoria da argumentação, algum fundamento para a decisão que de antemão quis tomar. Não faltará um escrito para lhe servir de fundamento. Aí de nada adiantaram as supostas garantias das partes – autor e réu; acusação e defesa. Isto porque argumentos não faltam no Direito para fundamentar qualquer decisão judicial, por mais teratológica que possa ser.

E por falar em provérbio: “À mulher de César não basta ser honesta. Tem de parecer honesta.”

Referências Bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e Impartialidade: por uma Teoria de Repartição de Funções no Processo. *Revista de processo*. São Paulo: RePro 149, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. 11ª reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. 3ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922. Tomo I.

CORDÓN MORENO, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Elcano (Navarra): Aranzadi, 1999.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. vol. 1.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, nº 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 28 maio 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. In: _____. *Estudos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito Processual Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-bom-saude-processo-penal>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

MAGALHÃES, Valmir Costa. *O Garantismo Penal Integral: Enfim, UMA PROPOSTA DE REVISÃO DO FETICHE INDIVIDUALISTA*. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-srj/arquivo/205-747-7-pb.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2017.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Novo CPC, fundamentação das decisões judiciais e processo penal. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, nº 4278, 19 mar. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37330>>. Acesso em: 28 maio 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 55.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Pressupostos processuais e nulidades no novo processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.